

OS IMPEDIMENTOS E INCOMPATIBILIDADES PARA A ADVOCACIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988*

FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA**

Advogado

Antes de confrontar os impedimentos e incompatibilidades dispostos nos arts. 82 e seguintes da Lei nº 4.215 com o preceito contido no art. 5º, XIII da Carta Política vigente, é de bom alvitre que se mostre, ainda que sumariamente, a evolução das normas constitucionais relativas à liberdade do exercício de profissões.

Assim, já a Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, em seu art. 179, item 24, declarava que

nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos", devendo ser notado que o item 25 do mesmo citado art. 179 editava que "ficam abolidas as corporações de Ofícios, seus Juízes, Escrivães e mestres.

A Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, no § 24 do seu art. 72, pontificava que "é garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial".

Já a Lei Magna de 16 de julho de 1934, por sua vez, dispunha no item 13 do seu art. 113, que "é livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público".

A partir daí, a liberdade de profissão passou a ficar condicionada, de modo irretorquível, a limitações a serem impostas pela legislação ordinária, sofrendo, com isso, enorme cerceamento, pois que tais condicionantes teriam, como tiveram, parâmetro no interesse público,

* Trabalho apresentado, em 15.08.89, no plenário do "2º Encontro dos Advogados do Distrito Federal", realizado em Brasília, promovido pela OAB-DF, de 15.08.89.

cujo conceito - profundamente subjetivo e amplíssimo, em sua abrangência - comportava enormes limitações.

No mesmo diapasão veio a Constituição de 10 de novembro de 1937, que estabeleceu, no item 8º do seu art. 122, que

a Constituição assegura ... a liberdade de escolha de profissão ou gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei.

A Carta Política de 18 de setembro de 1946, teve, igualmente, uma preocupação limitativa da liberdade de ofício, editando, no § 14 do seu art. 141, que “é livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”.

Demais disso, no seu art. 161, pontificava que “a lei regulará o exercício das profissões liberais, e a reavaliação de diploma expedido por estabelecimentos estrangeiros de ensino”.

A mesma inspiração teve a Constituição de 24 de janeiro de 1967 que, no § 23 do seu art. 150, dispunha que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”.

A Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, por sua vez, reproduziu o mesmo preceito acima indicado, apenas renumerando-o para o art. 153, § 23.

Infere-se, destarte, que, se por uma lado, há muito, a liberdade de profissão tem recebido garantia constitucional, por outro, emanou, das próprias constituições, uma limitação a tal postulado, na medida em que referida liberdade ficava condicionada à capacidade para o seu exercício, conforme o que restasse definido pela lei ordinária.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando questão que se ajusta ao tema de que se cogita (Embargos na Representação nº 930 - DF - Tribunal Pleno, de 25/10/78, *in*, RTJ, 89/367), entendeu que

é inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e conseqüentemente restringindo exercício de profissão que não pressupõe condições de capacidade.

Logo, parece válido inferir, *a contrario sensu*, que, no regime da Constituição pretérita, como de resto das demais anteriores, era constitucional a restrição legal ao exercício profissional, desde que a natureza do exercício dessa profissão pressupunha condições de capacidade.

Esses pressupostos, certamente, devem ter inspirado o legislador para estabelecer os impedimentos e incompatibilidades enunciados nos arts. 82 e seguintes da Lei nº 4.215.

Acontece, todavia, que a norma contida no art. 5º XIII, da Constituição vigente, inovou nesse ponto, uma vez que não mais limitou o “livre exercício de qualquer Trabalho, ofício ou profissão” às “condições de capacidade que a lei estabelecer”, condicionando-o, apenas, “as qualificações profissionais a que a lei exigir”.

Como observam EUGÊNIO HADDOCK LOBO e JÚLIO CÉSAR PRADO LEITE (*in*, **Comentários à Constituição Federal**, 1º vol., Edições Trabalhistas, S.Paulo, 1989. pág. 43),

o subtrair do texto das Constituições precedentes, especialmente do § 23 do art. 153 da Carta de 67, emendada em 1969, as expressões latas e subjetivas. “observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer, pelas expressões concisas e objetivas ‘ observadas as qualificações profissionais que a lei exigir

, revelou o legislador constituinte nítido propósito de evitar que, pela porta larga da lei ordinária, se introduzam requisitos objetivando tornar

letra morta a regra sob comentário. Sabem os Exegetas que os vocábulos 'condições de capacidade', pela sua amplitude e subjetividade, repise-se, se prestavam a interpretações restritivas não apenas da norma constitucional, mas do próprio princípio universal que ela agasalhava e a atual agasalha, qual seja, o "Princípio da Liberdade de Profissão", estereotipado, no vigente texto, no livre "exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão".

Com efeito, a única restrição a refrear o princípio da liberdade para o trabalho é a que diz respeito às qualificações profissionais que a lei exigir.

J. CRETELLA JR. (*in*, **Comentários à Constituição de 1988**, vol. 1. Ed. Forense Universitária. 1988. p. 281) observa que

habilitação, capacidade profissional, qualificação profissional é o conjunto de conhecimentos necessários e suficientes para que alguém seja julgado apto à prática de alguma profissão, pública ou privada.

Assim, qualificação profissional é a aptidão técnica ou científica para o exercício de alguma profissão.

Dessa sorte, no caso que nos interessa, estará habilitado para o exercício da advocacia aquele que for portador de título de bacharel em Direito e tiver sido habilitado em exame de ordem.

São estes, sem nenhuma dúvida, os únicos pressupostos para que sejam atendidas as qualificações profissionais a que se reporta a norma constitucional cogitada. Dela não exsurge nenhuma outra condicionante ou limitação.

Vale dizer, então, que derogados estão os arts. 82 e seguintes do Estatuto.

Sei que tal assertiva desagrade aos espíritos mais desatentos que carregam arraigados preconceitos indutores da equivocada percepção

de que somente com a existência desses impedimentos e incompatibilidades é que seria possível preservar a independência do Advogado e evitar a desleal captação de clientela.

Para mostrar a erronia desse entendimento bastaria trazer o exemplo do advogado empregado.

É de curial sabença que a relação de emprego importa, necessariamente, a existência de subordinação.

Todavia, não é pelo só fato de ser empregado que o Advogado ficará despojado, necessariamente, da sua independência profissional; como também não é por não ser empregado que o Advogado será, só por isso, independente.

Por outro lado, a captação desleal de clientela é uma das infrações cometidas pelo Advogado.

Com efeito, a infração - para que como tal seja tida - pressupõe, indispensavelmente, que o fato de que ela é resultante tenha sido necessariamente apurado através de regular processo, ao infrator "assegurando-se o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", sob pena de calar o que ressoa da norma constitucional aninhada no art. 5º, LV, da vigente Constituição.

Ademais, às vezes uma condição não alinhada numa norma objetiva - seja ela constitucional, ordinária ou mesmo regulamentar - poderá importar muito mais em uma captação de clientela do que aquela decorrente de uma das hipóteses previstas nos ditos arts. 82 e seguintes do Estatuto, como por exemplo, a situação dos Ministros do TSE ou dos Juízes do TRE ocupantes das vagas destinadas aos Advogados que, inobstante o enorme prestígio que desfrutam, não estão impedidos para exercer a advocacia, salvo nos limites do continente eleitoral.

Poder-se-ia, então, indagar: se estão derogados os arts. 82 e seguintes do Estatuto, diante do comando que emana do art. 5º, XIII, do vigente texto constitucional, qualquer bacharel em direito, que tenha sido aprovado em exame de ordem, poderá advogar contra qualquer pessoa, órgão ou entidade?

Evidentemente que não, pois que da própria Constituição decorrem impedimentos como, por exemplo: (a) aos Juízes (art. 95, parágrafo único, I); (b) aos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º II, "b"); e, (c) aos defensores públicos (art. 134, parágrafo único).

Demais desses impedimentos que resultam de norma constitucional expressa, uma outra restrição também pode ser identificada, qual seja, a do servidor público (órgão-indivíduo) encontrar-se impedido de advogar contra - e somente contra - a entidade (órgão-instituição) a que pertencer.

Não é que tal impedimento - como o Estatuto, na sua redação atual (anterior à Constituição de 1988), ainda o concebe - importe em uma desleal captação de clientela, mas é que há absoluta incompatibilidade de o órgão (indivíduo, servidor), advogar contra ele mesmo (órgão-instituição).

É que o servidor público é um agente (administrativo), que é investido no cargo, que é lotado no órgão (instituição). Por aí se vê - a lição é do consagrado HELY LOPES MEIRELLES (*in. **Direito Administrativo Brasileiro**, 14ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, S. Paulo, pág. 66)* - que o cargo integra o órgão, e o agente, como ser humano, titulariza o cargo para servir ao órgão.

Resulta, assim, evidente, a absoluta impossibilidade de o advogado servidor público patrocinar qualquer causa contra o próprio órgão a que ele integrar.

Há de ser notado que o impedimento acima aludido dá-se, apenas, referentemente ao próprio órgão-instituição a que o advogado servidor pertencer.

Não há, destarte, nenhum impedimento relativamente a outros órgãos nem, por muito maior razão, com relação a outras entidades estatais de outras esferas de governo a que esteja vinculada a instituição a que o servidor integrar.

É conveniente trazer à colação, por outro lado, a constatação de que, historicamente, as Faculdades de Direito, desde a sua criação em 11 de agosto de 1827, em Olinda e S.Paulo, destinavam-se a formar pessoal para ocupar funções de administração do Estado, (v. AURÉLIO WANDER BASTOS - **Os Cursos Jurídicos e as Elites Políticas Brasileiras**, Brasília, Câmara dos Deputados, 1978, pág. 17).

Apreciando o tema de que ora se cuida, o Prof. ADRIANO PINTO, conceituado Advogado e Conselheiro Federal da OAB, constata com muita pertinência que

a crise do escravismo e da monarquia e o surgimento da República, não abalaram a proeminência dos 'bacharéis' nas instituições políticas e sociais do País, mantendo-se, de modo geral, a origem dos advogados brasileiros nas elites econômicas e políticas, embora a Revolução de 1930, o golpe do Estado-Novo, o auge e o colapso do populismo na Velha República, e enfim o Regime Militar de 1964 determinaram, progressivamente, uma perda crescente do prestígio dos bacharéis, prosperando um sentimento de deixar ao largo o Advogado como agente especial de uma atividade cada vez mais envolvida na conjuntura econômica.

A esse propósito ainda observa que

o próprio Estatuto da Ordem parece refletir, de certa maneira, tudo isso, nele predominando o sentido profissional centrado na atuação eminentemente forense e isolando o advogado como agente produtivo.

Por fim. chama a atenção para o fato de

que a expansão do Estado-burocrático, a intervenção na economia e a presença estatal generalizada nos setores produtivos, gerou realidade social impossível de manter-se o advogado como profissional infenso ao vínculo de emprego, público ou privado, alinhando-se a isso o fato de ter a classe média buscado promover-se pela via de obtenção de cargos e empregos.

Daí ter trazido à lume a pertinente observação de REGINA PRANDI para quem o crescente assalariamento do trabalhador urbano ter atingido fortemente o profissional de nível superior, com a conseqüente destruição paulatina do profissional liberal, de modo que, em 1950, 32,9% desses profissionais eram assalariados e, em 1973, dobrou esse percentual para 69,9% (**Os Favoritos Degradados**, ed. Loyola, S.Paulo, 1982, pág. 37).

E, especificamente em relação aos advogados, reporta-se a uma pesquisa realizada no Rio de Janeiro, por YOLANDA CATÃO, editada pela OAB/RJ em 1980, que informa existirem cerca de 44% de advogados com algum tipo de emprego público acumulado à profissão liberal.

Feitas tais digressões, arremata tendo como certo que, para o interesse público, o sentido de atuação adequada da OAB estará no efetivo controle sobre o exercício concreto, mas verificado a posterior, sob a ótica da aptidão técnica e do comportamento ético do advogado.

Como observa o Prof. FERNANDO XIMENES, também de larga militância na Ordem, não há, pois, como cogitar de limitar o exercício da advocacia sob considerações estranhas ao preceito constitucional, tais como a de maior ou menor independência para exercer-se a profissão, ou a maior ou menor possibilidade de captar-se clientela.

As preocupações devem ser concebidas e admitidas, quando encaradas no plano ético, que deve presidir o fazer humano. Todavia, tais considerações éticas não podem inibir, obstar ou impossibilitar, aprioristicamente, o exercício da advocacia.

Sem dúvida que não podem os advogados ficar indiferentes às exigências éticas do exercício da profissão. Por isso, a Ordem poderá prescrever regras e recomendações que permitam o exercício ético desse honrado e grandioso mister, sem que isto implique no cerceamento daquela liberdade de trabalho que só agora - tenho como indubitado - a norma constitucional tornou efetiva quando dos textos anteriores se extraía apenas uma pálida impressão da sua existência.

Assim concluo por entender que os arts. 82 a 86 do Estatuto já não têm mais aplicação por incompatíveis com o comando que decorre do art. 5º, XIII, da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.